

USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El Leasing Financiero: una herramienta jurídica y económica subutilizada en Ecuador

Financial Leasing: An Underused Legal and Economic Tool in Ecuador

Becky Raquel Montesdeoca Molina*
Cinthia Carolina Almeida Vintimilla**

Recibido / Received: 28/02/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1730

Citación:
Montesdeoca Molina, B. R., y C. C. Almeida Vintimilla. «El Leasing Financiero: una herramienta jurídica y económica subutilizada en Ecuador». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 55-79, doi:10.18272/ulr.v7i1.1730.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bmontesdeoca@estud.usfq.edu.ec; becky_2204@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-6363-1155

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ccalmeidav@estud.usfq.edu.ec; cintialmeidav@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4043-6901

Resumen

El presente ensayo constituye un acercamiento a uno de los contratos mercantiles más relevantes alrededor del mundo: el leasing. El análisis realizado busca ir más allá de la naturaleza jurídica del contrato y de las disposiciones legales que lo atañen, se centra en contemplar los aspectos económicos, tributarios y contables del mismo, presentándolo como una forma de obtener financiamiento, evitar la obsolescencia de bienes y lograr ciertas ventajas operativas. Las partes involucradas en este contrato alcanzan los beneficios específicos que esta figura otorga, y los países que fomentan su uso presentan un mayor índice de modernización en la industria, así como impactos positivos en el Producto Interno Bruto. Se toma como caso de estudio a Ecuador, considerando el ordenamiento jurídico aplicable, así como los beneficios y desventajas presentes en el país. Este trabajo busca darle una mirada integral al leasing, yendo más allá de lo jurídico, en un contrato que ha evolucionado desde los inicios del comercio hasta la actualidad.

Palabras Clave

Arrendamiento mercantil; utilidad económica; dominio; uso; canon; contrato; vida útil; amortización; LIBOR; Ecuador

Abstract

This essay is an approach to one of the most relevant commercial contracts around the world: leasing. The analysis carried out seeks to go beyond the legal nature of the contract and the legal provisions that concern it, focusing on the economic, tax and accounting aspects thereof; presenting it as a way of obtaining financing, avoiding the obsolescence of goods and gainig certain operational advantages. The parties involved in this contract achieve the specific benefits that this figure grants, and the countries that encourage its use have a higher rate of modernization in their industry as well as positive impacts on the Gross Domestic Product. Ecuador is taken as a case study, considering the applicable legal system as well as the benefits and disadvantages present in the country. This work seeks to give a comprehensive look at leasing, going beyond the legal, in a contract that has evolved from the beginning of trade to the present.

Keywords

leasing; economic use; ownership; use; lease fee; contract; useful life; amortization; LIBOR; Ecuador

1. Introducción

El leasing puede definirse como un contrato de origen económico que permite el uso y goce de un bien a cambio del pago periódico, que además comprende la posibilidad de adquirir el dominio de este, una vez finalizado el período inicial y que la empresa de leasing ha recuperado la inversión realizada para adquirir el bien en un primer momento. Sin embargo, el leasing va mucho más allá de una figura mercantil. Se ha utilizado desde hace varios siglos, ha tenido un rol importante dentro de la modernización de la industria de múltiples naciones y mueve una gran cantidad de recursos cada año. No se trata de una simple figura jurídica, por lo que el presente análisis busca estudiarlo desde una óptica que no se limite a lo legal.

Se comienza revisando la historia del leasing, desde sus usos previos a que sea un contrato típico, hasta su aplicación e importancia en diversos mercados a lo largo del tiempo. Se toma como caso de estudio al Ecuador, por lo que para entender la actualidad del contrato en este país se requiere recoger sus inicios legales y circunstanciales, lo que contextualiza el análisis normativo y económico realizado en la actualidad. El leasing es una figura bastante reconocida, sin embargo, la mayoría de los estudios se centran únicamente en su superficie, sin contemplar sus diversos tipos, su base económica ni la aplicación que tiene en ramas como la contabilidad, el derecho tributario o los objetivos empresariales.

Consideramos que el leasing como un contrato ampliamente utilizado en el mundo y que cuenta con ventajas importantes y diferenciadas que merecen ser explicadas y tomadas en cuenta como una fuente alternativa de financiamiento, evitar la obsolescencia, permitir el desarrollo industrial e incluso, en ciertos casos, ser una alternativa medio ambiental más amigable que la compraventa de ciertos bienes.

Finalmente, creemos relevante analizar la cultura ecuatoriana para comprender las razones por las que el leasing no se ha desarrollado ampliamente en el país ni ha modernizado su industria a pesar de los beneficios que presenta. El presente estudio parte de la idea de que el Derecho no debe mantenerse al margen de la realidad de aplicación de los contratos, por lo que se centra en los elementos que intervienen más allá de lo legal.

2. Historia del contrato de leasing

El contrato de leasing presenta diferentes acepciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país, ha experimentado un fuerte desarrollo durante los últimos cuarenta años[1], especialmente en Estados Unidos, Europa

1 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets.* Washington. D.C.: Library of Congress, 1996, p. 8.

y Asia[2]. Sin embargo, esta institución jurídica se encuentra lejos de ser una operación novedosa, por lo que, para comprender cabalmente su uso jurídico y económico en la actualidad, es preciso acercarse a sus orígenes y evolución histórica, tanto de manera global como en el Ecuador. El leasing corresponde a un tipo de transacción comercial que ha sido utilizado desde la antigüedad. Sus raíces se remontan miles de años atrás, lo que se ha comprobado a través de diversos trabajos de investigación[3]. Es así, como los registros más antiguos de formas básicas de leasing datan de aproximadamente 2000 años A.C., y se han encontrado en la antigua ciudad de Ur, en la región de Sumeria al sur de Mesopotamia[4].

Aquel tipo primitivo de leasing no varía en esencia del contrato actual, ya que consistía en el arrendamiento de herramientas de labranza a los campesinos por parte de representantes de la iglesia, quienes eran, a la vez, funcionarios del gobierno. Dentro de la ciudad de Ur se solía realizar leasing no sólo de bienes muebles sino también de predios, transacciones que quedaron registradas en tablas de arcilla descubiertas en 1984[5]. Con tal antecedente, el rey Hammurabi de Babilonia reconoció la existencia de ciertas clases de propiedades, tanto personales como reales, dentro de su conocido código de leyes. Así también, los griegos y romanos en el 550 A.C. realizaban operaciones de arrendamiento con las características similares a las actuales del leasing, e incluso Justiniano llevó a cabo una distinción entre el leasing financiero y el arrendamiento de bienes a corto plazo dentro del *Corpus Iuris Civilis*[6].

El leasing fue desarrollándose a la par del comercio, por lo que existe una estrecha relación entre este tipo de acuerdos y nuevas formas de obtener recursos o transportarlos, como es el caso del fletamento de embarcaciones, cuyo origen se remonta a los Fenicios, donde se rentaba la embarcación y la tripulación. Se resalta el hecho de que el arrendamiento de embarcaciones dentro de esta modalidad contenía los elementos esenciales de un contrato de leasing financiero actual, puesto que el bien permanecía dentro de la posesión del arrendatario quien mantenía la obligación de pago y conservación de la embarcación durante el tiempo de vida útil del bien[7]. De hecho, en los contratos de leasing dentro del *common law* se ha mantenido una cláusula denominada «*hell or high water clause*» que hace referencia a la obligación de continuar con el pago periódico sin importar las dificultades que puedan

2 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing.* Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 21.

3 Vidal Blanco, Carlos. *El Leasing, una innovación en la técnica de la financiación.* Tesis doctoral. Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1976, p. 7.

4 *Ibíd.*

5 Das, Subhamoy. *Perspectives on Financial Services.* New Delhi: Allied Publishers Pvt. Ltd., 2009, p. 127.

6 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing*. Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 21.

7 *Ibíd.*

presentarse para el arrendatario8, cuyo origen se remonta a este tipo de operaciones mercantiles.

Durante cientos de años estos negocios jurídicos no fueron reconocidos por las leyes en los sistemas de derecho civil, ni por la jurisprudencia en el derecho de los comunes, lo que, sin embargo, no impidió que fueran empleados de manera regular. Posteriormente, se reconoció el uso extensivo del leasing y se lo comenzó a reconocer como un acuerdo con consecuencias jurídicas específicas[9]. En el Reino Unido para la década de 1840 varias empresas iniciaron el arrendamiento de vagones dentro de esta modalidad, lo que catapultó su empleo y para la década de 1870 en Estados Unidos de América se había tomado el mismo modelo utilizando certificados como garantía de los bienes arrendados[10]. Sin embargo, no fue sino hasta 1952, a raíz de la fundación de la primera compañía especializada en leasing, que esta operación pasó de ser una técnica comercial a un servicio financiero especializado[11].

De hecho, el término leasing proviene del verbo "*to lease*" cuya traducción literal significa alquilar, mismo que fue empleado por primera vez por el empresario norteamericano D.P. Boothe, Jr., quien pudo cumplir con su obligación de suministro al ejército estadounidense sin necesidad de recurrir al financiamiento tradicional. Siendo él mismo quien creó la empresa "*U.S. Leasing*", la primera en su tipo en el mundo[12]. Aquel fue el punto de partida en el país norteamericano, y para el año de 1976 la revista "*Fortune*" reportó que 800 empresas se dedicaban a brindar esta forma de crédito. Posteriormente, se desarrolló masivamente como una forma de proveer a diversas empresas de maquinaria para los más variados propósitos, y se extendió a Europa y Japón desde la década de 1960. Así, la primera empresa de leasing en Europa fue la "*Mercantile Leasing Company Ltd.*" ubicada en Reino Unido, conformada por la sociedad americana "*United States Leasing Corporation*" y la financiera inglesa "*Mercantile Credit Company S.A.*"[13].

Sin embargo, la respuesta del mercado inglés no fue la esperada, ya que las condiciones de la economía eran distintas a la estadounidense. A pesar de ello, las empresas de leasing continuaron extendiéndose en Europa, y para el año de 1962 se creó la primera empresa francesa, siendo este país el lugar donde operaban la mayor cantidad de empresas dedicadas a tal fin. En Francia se dio reconocimiento legal a la figura del leasing en 1967, denominándola *credit-bail*[14]; misma que fue rápidamente aprovechada por las entidades finan-

8 Whelan, Stephen; Strauss, Robert D. y Flick, Lawrence F. "Leases". The Business Lawyer, Vol.46, No. 4 (1991), p. 1509.

9 Nevitt, Peter K.; Fabozzi, Frank J. y Vaniss Mathex, Jojy. *Equipment Leasing*. Pennsylvania: Editorial Consultant: Megan Orem, 2000, p. 24.

10 Das, Subhamoy. *Perspectives on Financial Services*. *Óp. cit.,* p. 127.

11 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets*. *Óp. cit.,* p. 8.

12 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 11.

13 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*. Quito: Superintendencia de Compañías, s.f, pp. 16-17.

14 Torrontegui Martínez, Miren. Leasing: aspectos técnicos, económicos y jurídicos. Quito: Universidad Central del Ecuador,

cieras, ya que contaban con el capital necesario. Para 1963 podían encontrarse empresas de Leasing en Alemania, Bélgica, España e Italia[15]. La expansión hacia Latinoamérica se dio en años posteriores, siendo Argentina el país pionero en el reconocimiento legal del leasing; en este caso precediendo incluso al uso real del mismo.

El reconocimiento ocurrió el 15 de enero de 1969 con la aprobación a la ley 18.601 que se encargó de normar al leasing como una forma de financiamiento[16]. Sin embargo, en Argentina existió un primer acercamiento previo al leasing en 1957, cuando a través del decreto ley 13.130/57 se permitió su uso al Banco de Crédito Industrial Argentino para la compra de maquinaria y otros elementos para venta y arrendamiento[17]. En el caso de Chile la iniciativa surgió con la creación de la primera empresa especializada «Leasing Andino S.A.» a través de una iniciativa conjunta del Banco de Vizcaya y el Banco de Chile en 197718. Mientras que la regulación se dio de forma más bien tardía en países como Venezuela (1982), México (1981) y Colombia (1994) donde el beneficio que ha obtenido cada economía ha sido distinto, siendo el leasing un factor importante para el crecimiento industrial de México[19].

La principal ventaja de aplicación del leasing se encuentra en la posibilidad de utilizar equipos modernos, disociando la vida económica del bien de su vida física. Así también es una importante ventaja la posibilidad de obtener financiamiento de una manera alternativa, siendo la razón de ser del leasing "financiar la explotación de un bien que viene requerida por el proceso productivo del usuario"[20]. La gran acogida de esta institución causó que, para el año de 1994 el leasing haya sido establecido en más de 80 países y que varios tipos de bienes se hayan financiado a través del leasing en más de $350 mil millones de dólares[21]. De esta forma, el leasing se ha posicionado como una herramienta económica importante y como uno de los contratos empresariales de mayor relevancia en el mundo, categoría que mantiene actualmente.

3. Historia del contrato de arrendamiento mercantil y régimen legal en el Ecuador

En Ecuador, el desarrollo histórico del leasing tiene sus orígenes en los años setenta, a partir del fortalecimiento del sector agro-exportador, que promovió el desarrollo de la actividad comercial y financiera. Así, se inició un proceso de

1993, p. 17.

15 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles. Óp. cit.,* p. 18.

16 Torrontegui Martínez, Miren. *Leasing aspectos técnicos, económicos y jurídicos*. *Óp. cit.,* p. 33.

17 Cogorno, Eduardo Guillermo. *Leasing teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*. *Óp. cit.,* p. 19.

18 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 10.

19 Torrontegui Martínez, Miren. *Leasing aspectos técnicos, económicos y jurídicos*. *Óp. cit.,* pp. 31-34.

20 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después*. s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).

21 Barger, Teresa y Kuczynski, Irving. *Leasing in emerging markets*. *Óp. cit.,* p. 7.

industrialización que requería de una gestión empresarial formal, impulsada por la Ley de Compañías y las leyes de fomento, la actividad empresarial se incorporó en el sector moderno de producción[22]. El contrato de leasing fue tipificado, por primera vez, en el Decreto No. 3121 del Consejo Supremo de Gobierno, del 22 de diciembre de 1978[23], y publicado en el Registro Oficial No. 745 de 5 de enero de 1979[24]. En lo principal, el artículo inicial prescribía que el arrendamiento de bienes muebles o inmuebles tiene carácter mercantil[25]. La finalidad del Decreto No. 3121, que regulaba el contrato de leasing en dieciséis artículos, era la de crear una institución ágil, que prescindiera de técnicas y recursos jurídicos innecesarios, y que fuera reconocida como una alternativa financiera que generara beneficios para los contratantes y para la economía nacional[26].

Posteriormente, en 1980, se promulgó el Reglamento para la aplicación del Decreto Supremo No. 3121 a través de un acuerdo ministerial entre el Ministerio de Finanzas y el de Industrias, Comercio e Integración, mismo que estableció la forma de recibir los beneficios otorgados al arrendamiento mercantil. Con este se buscaba descentralizar y dinamizar los trámites para acceder a estos, lo que evidencia que se quería fomentar su uso a la par de ofrecer facilidades administrativas. Así mismo, la Ley de Arrendamiento Mercantil contribuyó al desarrollo y a la evolución del campo mercantil y financiero de Ecuador, ya que a partir de su promulgación se constituyeron diversas empresas de Leasing, entre las cuales destacan: Leasing del Pacífico S.A., Contileasing, Invesplan, Leasa S.A-[27]. Consecuentemente, la evolución del Leasing en Ecuador propició la creación de la "Asociación de Compañías de Arrendamiento Mercantil (ACAME)" en 1981, cuyo objetivo era el de estudiar los temas de índole jurídica financiera referentes al leasing financiero[28].

El mayor uso del contrato de arrendamiento mercantil en el Ecuador fue recogido por la Superintendencia de Compañías en 1984 en una publicación especializada, de la que se obtiene una evaluación de los primeros años de regulación jurídica de este contrato. Así, para el año de 1979 se registró un único contrato de leasing, cantidad que incrementó a 29 contratos registrados al año siguiente y 153 tan sólo en el primer semestre de 1981. Además, la publicación colige que los sectores de la construcción y manufactura fueron los que más utilizaron este recurso. También muestra que varios gerentes de empresas de leasing entrevistados lo presentaban como un mecanismo jurí-

22 Superintendencia de Compañías del Ecuador. *El arrendamiento mercantil (leasing) en el Ecuador*. Quito: Superintendencia de Compañías, 1984, p. 1.

23 *Id.*, p. 4.

24 Laniado, Mauricio y Zorilla, Martha. *El arrendamiento mercantil en el Ecuador: manual jurídico – financiero.* Guayaquil: Imprenta Jomar, 1986.

25 *Id.,* p. 4.

26 Laniado Castro, Mauricio y Zorrilla de Durán, Martha. *El arrendamiento mercantil en el Ecuador manual jurídico – financiero*. *Óp. cit.,* p. 32.

27 *Ibíd*.

28 *Ibíd.*

dico ventajoso al permitir la liberación de capitales, una disminución en sus cargas tributarias, la ampliación de la capacidad de endeudamiento, como una protección contra la obsolescencia e inflación, entre otros. Conviene agregar que la razón principal por la que los entrevistados aseguraron haber recurrido al uso del leasing fue la posibilidad de cubrir totalmente la operación para obtener el uso del equipo sin utilizar recursos propios, es decir, preferían el leasing financiero al operativo.

Dentro del estudio anteriormente mencionado se destaca un análisis tributario al contrato del Leasing, donde se concluye que únicamente en 1981 el Estado recibió alrededor de 25 millones de sucres por concepto de pago de impuestos sobre el registro de estos contratos, siendo que para ese momento correspondía pagar el 2.1 por ciento sobre el valor total del contrato. Una de las conclusiones a las que llegó es que el fortalecimiento del uso del arrendamiento mercantil en el Ecuador produce la aparición de nuevas actividades productivas, lo que repercute favorablemente en la economía y eventualmente produce un incremento en los sujetos de tributación, beneficiando al Estado.

Sin embargo, pese a la alta expectativa que se mantenía por el uso del arrendamiento mercantil en el Ecuador, este no se desarrolló como se esperaba. Las causas pueden ser varias, como la falta de desarrollo industrial del país, la crisis financiera de fines de los años 90, los cambios normativos de esta figura e incluso la poca difusión que ha recibido el arrendamiento mercantil como una herramienta para el desarrollo.

Cabe recalcar que, si bien, el Decreto No. 3121 se mantuvo vigente hasta mayo de 2019 cuando entró en vigor el nuevo Código de Comercio, a lo largo de los años se incorporaron varios cambios y regulaciones al régimen de arrendamiento mercantil, siendo relevante que en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos publicada en 1998, se facultó "[…] a realizar operaciones de arrendamiento mercantil en calidad de arrendadores a los bancos, sociedades financieras, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las compañías de arrendamiento mercantil y la Corporación Financiera Nacional"[29]; facultad que se mantuvo en la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero publicada en 2001. Sin embargo, en el Código Orgánico Monetario y Financiero no se contempla dicha posibilidad dentro del Art. 194 que prescribe las operaciones que pueden realizar las entidades financieras[30]. Y, siendo que las actividades financieras son de orden público por disposición constitucional (Art. 308), no es posible que estas participen en tal tipo de operaciones sin autorización previa de la autoridad administrativa competente[31].

29 Codificación Resoluciones Superintendencia Bancos 1998, Capítulo IV.- Constitución, Organización y Funcionamiento de las Compañías de Arrendamiento Mercantil. Artículo 2. Registro Oficial No. 254 de 10 de febrero de 1998.
30 Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 194. Registro Oficial No. 332 de 05 de septiembre de 2014.
31 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 308. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Esta disposición legal resulta en una especie de limitación sobre la posibilidad de expandir el uso del leasing financiero, ya que este tipo de operación requiere de un capital importante, que en muchas ocasiones las empresas especializadas en leasing no poseen, motivo por el que tradicionalmente esta operación se ha realizado a través de entidades financieras, ya sea de manera directa o por medio de servicios complementarios. Resulta interesante la falta de análisis doctrinario al respecto en Ecuador. En la actualidad el régimen jurídico respecto al arrendamiento mercantil se encuentra contemplado en el Código de Comercio de mayo de 2019. Sin embargo, es conveniente mencionar que la norma más reciente no introduce cambios relevantes a los primeros 11 artículos del Decreto No. 3121 de 1978, manteniendo así las regulaciones y requisitos principales, además de la naturaleza jurídica del arrendamiento mercantil.

4. Definición y naturaleza jurídica

Al ser el leasing una herramienta con orígenes económicos y prácticos mucho más que jurídicos, se requiere analizar la operación económica como tal para comprender el concepto detrás de este tipo de contratos. Así, se puede entender al leasing como el negocio que realiza la persona, natural o jurídica, que desea obtener el uso y goce de un bien de capital productivo sin tener que adquirir el dominio del mismo[32]. Sin embargo, una definición más profunda de este contrato requiere necesariamente que se diferencie entre las varias clases de contrato de leasing que existen, ya que "el sentido y significado de la operación sólo puede obtenerse a partir de una tarea de definir o demarcar los elementos que le dotan de estructura"[33]. Esto implica que cualquier definición requiere de una descripción de los elementos que configuran esta relación contractual.

Durante varios años, el análisis doctrinario sobre la naturaleza jurídica de estos contratos se basó en el estudio realizado por el autor español José María de la Cuesta dentro de su publicación "Reflexiones en torno al leasing" de 1970. Siendo este el segundo trabajo en publicarse en la lengua española, el análisis implícito del autor fue considerar que el leasing era un contrato innominado. Sin embargo, De la Cuesta recalca, en una publicación realizada casi cuarenta años más tarde, que no pretendía definir una supuesta naturaleza jurídica del leasing, a pesar de que varios autores lo consideraron de ese modo[34]. Si no que, reafirmó que el objetivo de su trabajo anterior era el que se considere a esta figura en su función, por encima de su estructura, siendo esta la de financiar la explotación de la cosa como objeto real del contrato. Mucho se ha discutido

32 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 17-18.
33 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después,* s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).
34 *Ibíd.*

sobre la naturaleza jurídica del leasing, y se ha buscado encajarlo dentro de otros contratos típicos con los que guarda relación o se ha pretendido tratarla como una figura radicalmente distinta. Existe una equívoca concepción sobre la naturaleza jurídica del leasing que ha sido constantemente empleada, misma que lo considera como un matiz del contrato de arrendamiento con modalidades propias. Sin embargo, no es posible considerarlo de este modo, ya que en el leasing no se contemplan las obligaciones impuestas al arrendador sino unas distintas dadas por la misma función económica del negocio. Además, la diferencia principal radica en que en el leasing existe la posibilidad de adquirir el dominio del bien con base en el mismo contrato, lo que no es factible en el arrendamiento. La concepción moderna más aceptada implica afirmar que se trata de una figura "conformada por la simbiosis de técnicas jurídicas diferentes" lo que la vuelve completamente distinta al arrendamiento, la compraventa a crédito o a la reserva de dominio[35]. De este modo el leasing debe ser considerado como un contrato autónomo, que cumple funciones específicas, por lo que no resulta de utilidad el intentar asimilarlo en su totalidad a cualquiera de las figuras contractuales clásicas.

A pesar de lo expuesto, carece de verdadera relevancia el determinar exactamente cuál es la naturaleza jurídica del leasing, ya que establecerla no resuelve las principales interrogantes que produce: ¿en dónde radica su utilidad? ¿cuál es el atractivo especial que tiene este contrato? Para entenderlo efectivamente se requiere ir más allá del mero estudio jurídico de la institución, ya que el leasing surgió como una operación de mercado que solucionaba problemas reales entre comerciantes; como casi toda evolución del Derecho mercantil[36]. Así también se resalta la corriente de utilizar como denominación para esta figura el anglicismo leasing, ya que al utilizar en su denominación una variante del término arrendamiento se podría contaminar su significado con elementos que le resultan extraños, siendo, también, ventajoso el empleo de una palabra común universalmente reconocida[37], tendencia que consideramos beneficiosa para su estudio. En suma, para definir al leasing se requiere analizar sus diversas formas, poniendo especial énfasis en su utilidad económica como el elemento diferenciador entre unas y otras.

5. Clases de leasing

Partiendo de la idea de que el leasing debe ser estudiado con base en las relaciones económicas que constituye, se procede a describir y analizar las principales formas que toma esta figura:

35 Boneo Villegas, Eduardo y Barreira Delfino, Eduardo. *Contratos Bancarios Modernos.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 92-94.

36 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).

37 De la Cuesta Rute, José María. *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después,* s.f. http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf (acceso: 16/02/2020).

1. Leasing operativo o industrial: surgió en Estados Unidos como una iniciativa de los Departamentos Financieros y Comerciales de las empresas industriales que buscaban deshacerse de sus mercancía**s**. Sus orígenes son anteriores a los del leasing financiero y, es en esencia, una figura jurídica equivalente al arrendamiento o *renting*, pues, en el leasing operativo el usuario adquiere el material o los bienes directamente de la persona que los produce o provee. En consecuencia, una de las características del leasing operativo es que la sociedad que arrienda el bien cumple el doble rol de ser proveedora y arrendadora. Adicionalmente, este tipo de leasing se caracteriza por ser un contrato de corto plazo, generalmente de un año de duración, que puede ser revocado en cualquier momento por el usuario, previo aviso a la Sociedad Arrendadora[38].

En el leasing operativo, a diferencia del leasing financiero, no es indispensable que se amortice el equipo arrendado al período de duración del contrato, pues las partes convienen en un tiempo menor al que se espera que dure el bien. Al respecto, es importante mencionar que con frecuencia el arrendador confiere ciertos servicios adicionales remunerados en favor del arrendatario, como mantenimiento, asistencia técnica o reparación. En la práctica, el leasing operacional se efectúa con equipos estándar de gran demanda, que son fácilmente arrendables o vendibles, como aparatos electrónicos y vehículos[39]. A pesar de lo expuesto, el leasing operacional ha sido criticado por la doctrina ya que no reúne todas las características de este tipo de contrato, pues este se manifiesta como una forma concreta de prestar un servicio que no responde a las inversiones de la empresa ni genera un beneficio económico significativo[40].

2. Leasing Financiero: se originó en Estados Unidos, en el año 1952, con la destacada intervención de los bancos y de las entidades financieras en la economía. El leasing financiero es la única figura jurídica que se ajusta a la naturaleza y esencia originaria del leasing, pues constituye una técnica de financiación que se caracteriza porque la sociedad de leasing, a petición del cliente, adquiere la propiedad de los bienes requeridos y se los entrega a cambio de una remuneración. Así también, el usuario tiene la facultad de prorrogar el contrato ante el cambio de las situaciones que lo originaron o puede adquirir la propiedad del bien arrendado mediante su compra cuando se ha cumplido el plazo pactado[41].

Dentro del leasing financiero la sociedad de leasing constituye un intermediario en circulación monetaria, pues le permite al cliente solventar su necesidad de adquirir un bien determinado a través de un mecanismo diferente de una operación de crédito común[42].

38 Cevallos Vásquez, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil.* Quito: Editorial Jurídica, 1994, p. 358.
39 *Ibíd.*
40 *Ibíd.*
41 *Id.,* p. 359.
42 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing. Óp. cit.,* p. 10.

3. *Lease back:* es un contrato en el que no interviene el fabricante o vendedor del bien, pues en su defecto la empresa propietaria del objeto es la encargada de enajenar el bien a favor de la compañía de leasing, y, ésta a su vez, cumple la función de arrendarlo en leasing. Con respecto a este contrato, se debe precisar que, en el primer arrendamiento que se produce el *lease back* no se usa el bien, ya que la compañía de leasing lo cede a favor del nuevo arrendatario. Debido a ello, una vez que fenece el plazo del primer contrato, la empresa de leasing está en la obligación de adquirir la propiedad del bien que se encuentra arrendando, dado que en el supuesto de que la segunda empresa financiada decida comprar el bien, la empresa de leasing pueda transferir el dominio de este[43].

Con base en la naturaleza mueble o inmueble de los bienes cuya propiedad se financia a través del *lease back,* se distingue entre el leasing mobiliario y el leasing inmobiliario. En la práctica el leasing mobiliario es más utilizado por su accesibilidad, pues, según el valor de los bienes objeto del contrato, se celebra mediante instrumento privado y se añade un pagaré suscrito ante notario o por medio de escritura pública. Por su parte, en el leasing inmobiliario el contrato imperiosamente se celebra mediante escritura pública con la finalidad de inscribir las hipotecas y convenciones referentes al contrato[44].

4. Leasing directo y leasing indirecto: el leasing directo permite que el usuario adquiera un bien a su elección, que se caracteriza por no ser de uso corriente. En consecuencia, involucra un riesgo para la compañía de leasing en lo referente a la recolocación del bien en el mercado. En cambio, el leasing indirecto involucra bienes de uso corriente mediante un acuerdo entre el fabricante y la empresa de leasing. En el leasing indirecto el fabricante garantiza el servicio técnico del bien y la reposición del mismo ante su mal funcionamiento[45].

6. Análisis económico del leasing financiero

Siendo que el uso principal que se le da al leasing es el de un método de financiamiento, resulta conveniente analizar de manera económica a este tipo de negocio. Este se configura como una operación de financiamiento a mediano y largo plazo, ello a causa del costo de los bienes que serán objeto del contrato, ya que el arrendador requiere recuperar la inversión realizada además de la respectiva ganancia en un período de tiempo determinado. Esta relación se materializa entre el arrendador, siendo este una empresa especializada, y el arrendatario que se encuentra interesado en “incorporar, renovar o moderni-

43 Cevallos Vásquez, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil. Óp. cit.,* p. 359.
44 Sandoval López, Ricardo. *Operación de leasing. Óp. cit.,* pp. 10-11.
45 *Ibíd.*

zar sus equipos productivos [...] en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad"[46]. Existe una gran variedad de motivos económicos por los que este negocio resulta atractivo para ambas partes, los que son establecidos por ellas mismas o la ley. Al ser el contrato de leasing utilizado principalmente por empresas, la razón fundamental radica en la maximización de beneficios que toda empresa mercantil persigue.

La obtención de utilidades es el objetivo financiero de las empresas con ánimo de lucro. Para conseguirlo se deben obtener los mayores beneficios con los recursos existentes. Esta premisa principal de las empresas mantiene una relación directa con el leasing financiero, puesto que se requiere sacarle el mayor provecho a los recursos con los que se cuenta; en este caso, el capital. Cuando una empresa requiere del uso y los beneficios de un bien, pero no cuenta con el dinero necesario al momento o, por el contrario, no desea hacerse cargo de lo que implica tener el dominio del bien, puede recurrir al leasing financiero. Este contrato se presenta como una alternativa más sencilla al financiamiento tradicional y permite obtener el beneficio proyectado del bien con varias garantías a la par de un pago amortizado del mismo, A la vez, la empresa especializada en leasing busca obtener el mayor provecho del capital invertido en la adquisición de bienes para arrendarlos a un canon que incluya el valor del bien y una ganancia adicional, manteniendo el dominio sobre la cosa por lo que puede ser objeto de leasing nuevamente o enajenada.

Se han realizado análisis económicos para dar una solución al dilema de compra o leasing en el ámbito mercantil, cuando una empresa se encuentra ante esta decisión. La solución sugerida comúnmente tiene que ver con determinar si el leasing representa una mejor alternativa de financiamiento a la que sería utilizada para comprar el bien en cuestión, siendo este el método conocido como "*net advantage to leasing* (NAL)". A pesar de existir una gran cantidad de métodos de análisis todos deben contemplar diversos factores como el capital de trabajo, las finanzas internas y el mercado[47]. Otro parámetro para considerar al momento de decidirse por una opción u otra tiene que ver con que el gasto de un arrendamiento se amortiza en el tiempo, volviéndolo más llevadero para una empresa y evitando que este sea considerado como una deuda. Así también el leasing permite que la empresa arrendadora no asuma la depreciación del bien. La decisión final sobre el dilema de comprar o arrendar el bien no es unívoca y requiere de un análisis individualizado de cada caso, sin embargo, de decidirse que el leasing resulta más ventajoso se presentan otros beneficios adicionales.

46 Boneo Villegas, Eduardo y Barreira Delfino, Eduardo. *Contratos Bancarios Modernos. Óp. cit.,* p. 87.
47 Gao, Simon S. *International Leasing: strategy and decision.* New York: Ashgate Publishing, 1999, p. 27.

Las ventajas propias del leasing, tanto financieras como operacionales, resultan atractivas en comparación con otras opciones de financiamiento; tal es el caso en que se requiere el uso de un bien por un periodo de tiempo limitado, puesto que al final del período la empresa no carga con la responsabilidad de vender el bien a precio de mercado con las pérdidas que esto puede representar. Al eliminar esta responsabilidad el arrendatario puede determinar, por adelantado, el costo efectivo del uso del bien. El leasing también resulta atractivo al ser una financiación completa de la inversión, ya que es común que las operaciones de crédito cubran, en el mayor de los casos, el 80% del valor total del bien, y el valor restante deberá ser cubierto con recursos propios de la empresa. Además, el objetivo principal que se tiene al momento de obtener un bien en estas circunstancias es el de conseguir réditos económicos a través del uso del mismo, de manera que, si se ha realizado una proyección correcta del beneficio, el bien terminará autofinanciándose[48]. Esto corresponde a un principio económico conocido como "*pay as you earn*", comúnmente utilizado en materia tributaria, donde se paga mientras se obtiene el beneficio económico[49].

La adquisición de un bien a través de leasing incluye, en muchas ocasiones, servicio técnico especializado incluido en el canon que se paga a la empresa dueña del bien. Incluir esta posibilidad representa un beneficio para ambas partes, puesto que el arrendador se asegura de que el bien será correctamente utilizado y mantenido, mejorando su vida útil y evitando asumir gastos de reparación. Por otro lado, para el arrendatario el beneficio se encuentra en no tener que utilizar recursos de capital o trabajo en actividades que resultan extrañas a sus operaciones regulares, como puede ser el mantenimiento de la cosa objeto del contrato[50]. El leasing, principalmente el operativo, resuelve el problema de la obsolescencia tecnológica, ya que resulta relativamente fácil reemplazar los objetos arrendados antes de que estos se tornen ineficientes o ya no produzcan la rentabilidad esperada. Ello parte de la idea de que la vida económica de un bien puede ser distinta a la vida útil del mismo[51]. Sin embargo, las empresas de menor capacidad económica o que no requieren de maquinaria de última tecnología también se benefician al obtener en leasing bienes que se encuentran en buen estado sin necesidad de comprarlos.

En este sentido, el leasing, de acuerdo con un estudio realizado en Estados Unidos de América en 2012, puede presentarse como una decisión ecológicamente responsable que beneficia a quien arrienda un bien mediante esta

48 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).
49 Lal, B.B y Vashisht, N. *Direct Taxes: Income Tax Wealth Tax and Tax Planning.* Delhi: Pearson Education, 2008, pp. 34-35.
50 Gao, Simon S. *International Leasing. Óp. cit.,* p. 27.
51 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing. Óp. cit.,* p. 37.

modalidad y que, eventualmente, puede provocar que las empresas productoras encuentren en el leasing un incentivo para diseñar productos de mayor durabilidad. El análisis realizado por Agrawal, Ferguson, Toktay y Thomas se enfoca en que, para que a las empresas les resulte atractivo emplear este método este debe probar ser económicamente más rentable que vender productos nuevos. La conclusión a la que arriban es que, el leasing puede ser ecológica y económicamente viable en bienes no consumibles comparados con los bienes de un solo uso. Así también que en los bienes que tienen un alto índice de uso pero una durabilidad mayor el leasing es rentable únicamente cuando la durabilidad del producto es más alta que en la venta; y finalmente, en productos que tienen gran producción e impacto medioambiental al desecharlos el leasing resulta más beneficioso económicamente, pero menos beneficioso para el medio ambiente.

El beneficio más importante que se aprecia del uso del leasing se encuentra en que no limita la capacidad de endeudamiento a la empresa, dado que en muchas otras operaciones mercantiles el gasto debe realizarse al momento, lo que en ocasiones puede ser la causa de que se requiera un crédito. En el leasing el gasto se amortiza y no provoca que se reduzca la capacidad de endeudamiento de una empresa, manteniendo abiertas sus líneas de crédito. Este aspecto, en conjunto con la máxima conservación de capital de trabajo es relevante en empresas que demuestran un alto nivel de endeudamiento y bajo nivel de liquidez[52]. Un beneficio adicional que presenta el leasing, aunque varía dependiendo de la legislación aplicable, corresponde al beneficio tributario, siendo que disminuyen las obligaciones impositivas al disminuir la base imponible del Impuesto a la Renta al momento de considerar la cuota de alquiler como gasto deducible. En caso de que la legislación tributaria de un país en específico contemple este beneficio, el leasing se presenta como una opción atractiva[53].

Si bien es cierto que una operación similar podría realizarse a través de la compra a plazos, el leasing aventaja a dicha opción en el sentido de que en la primera se debe realizar un desembolso inicial de dinero. Además, este contrato no soluciona los problemas de aseguramiento, asesoría técnica u obsolescencia. Por lo expuesto, se puede concluir que este es un contrato que posee ventajas económicas significativas y se evidencia que su aplicación masiva en una economía industrializada se ve justificada e incluso puede ser necesaria en ciertos casos para tomar decisiones económicamente más rentables a la par que ecológicamente responsables.

52 Ortúzar Solar, Antonio. *El contrato de leasing. Óp. cit.,* p. 39.
53 Polar, Nicolás. *Ventajas y desventajas del contrato de arrendamiento financiero,* 2000. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11677/12227 (acceso: 26/02/2020).

7. Análisis del régimen jurídico actual del arrendamiento mercantil en el Ecuador

El Código de Comercio prescribe la mayor parte de reglas aplicables al arrendamiento mercantil en el Ecuador. Sin embargo, su régimen jurídico no se limita a dicho cuerpo legal. Es por ello por lo que se procederá a analizar los artículos más importantes del Código de Comercio, así como de otras normas pertinentes para exponer la actual situación del arrendamiento mercantil en el Ecuador y compararla con los estándares internacionales que se han desarrollado desde la mitad del siglo XX hasta la actualidad dentro de la práctica comercial:

> Art. 427.- Se entenderá que existe arrendamiento mercantil de bienes muebles o inmuebles cuando se cumplan los siguientes requisitos:
>
> a) Que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que, al efecto llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón;
> b) Que el contrato contenga un plazo inicial, forzoso para ambas partes;
> c) Que la renta a pagarse durante el plazo forzoso, más el precio señalado a la opción de compra de qué se trata más adelante, excedan del precio en que el arrendador adquirió el bien;
> d) Que el arrendador sea propietario del bien arrendado; y,
> e) Que al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los siguientes derechos alternativos:
>
> 1. Comprar el bien, por el precio acordado para la opción de compra o valor residual previsto en el contrato, el que no será inferior al 20% del total de rentas devengadas.
> 2. Prorrogar el contrato por un plazo adicional. Durante la prórroga la renta deberá ser inferior a la pactada originalmente, a menos que el contrato incluya mantenimiento, suministro de partes, asistencia u otros servicios.
> 3. Recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero.
> 4. Recibir en arrendamiento mercantil un bien sustitutivo, al cual se apliquen las condiciones previstas en este artículo[54].

El artículo precedente es uno de los más importantes dentro del régimen jurídico del arrendamiento mercantil, ya que incluye varias de las principales características de este contrato, por lo que conviene analizarlo íntegramente. La obligación de registro se relaciona con la obligación de dar publicidad a ciertos negocios mercantiles, así se deja en claro que el dominio del bien no pertenece a la empresa arrendadora. Además, que el plazo inicial sea forzoso es fundamental en este tipo de negocio, ya que el arrendador requiere calcular en cuánto tiempo recupera la inversión realizada en el bien y a la par obtiene una ganancia. Sin embargo, consideramos lo prescrito en el literal c, no debería ser

54 Código de Comercio. Artículo 427. Registro Oficial Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

una disposición legal, puesto que el objetivo de este negocio es obtener una utilidad final en beneficio del arrendatario. Esto se estipulará en el contrato, ya que el beneficio económico es la motivación que tiene el arrendatario para adquirir el dominio de un bien y darlo en beneficio de un tercero. La norma se muestra excesivamente tutelar en dicho ámbito.

Es esencial que el arrendador sea el dueño del bien, ya que sólo así se puede pretender que el beneficiario del uso y goce de la cosa pague un canon de arrendamiento. En esta característica se aprecia la principal diferencia entre este contrato y el mandato, ya que si la empresa de leasing fuese mandataria de quien le ordena comprar un bien con características y precio específicos, el dominio sería del mandante. Las posibilidades que tiene el arrendatario luego del término del plazo inicial forzoso presentan al leasing como una opción atractiva para ambas partes; en caso de que el arrendatario decida comprar el bien por un valor residual se entiende que este es una ganancia neta para el arrendatario, ya que dentro del plazo inicial forzoso se recuperó la inversión hecha para la compra además de un excedente. La compra del bien al finalizar el plazo asegura que el arrendador no deba preocuparse por recolocar en el mercado el bien, tomando en cuenta la depreciación sufrida durante el tiempo del leasing y elimina el riesgo de mantener un bien que no tiene nada que ver con su giro de negocio. Para el arrendador puede resultar beneficioso ser dueño de un bien cuyo uso le es familiar y que, probablemente, le representará utilidad durante un tiempo considerable.

La prórroga del contrato demuestra que las partes encuentran beneficio en esta opción en sus respectivos negocios; que el canon de arrendamiento sea menor resulta comprensible, ya que el arrendatario ha culminado el pago total del valor del bien, por lo que a partir de ese punto la prestación económica ofrecida por este no se dirige a recuperar el capital invertido sino que es únicamente direccionada al beneficio del arrendador. Sin embargo, una de las ventajas del leasing es que el canon puede incluir asesoría y mantenimiento especializados, entre otros. Dichos servicios no se agotan, como la recuperación de lo invertido en la compra del bien, por lo que en caso de mantener estas prestaciones, no existe motivo para reducir el monto. El tercer derecho alternativo no resulta económicamente beneficioso para el dueño del bien, puesto que al terminar el plazo forzoso del contrato no recibe ninguna prestación por parte del arrendatario, y a pesar de ello debería entregarle una parte del precio de venta del bien. Finalmente, entregar un bien sustitutivo corresponde al leasing operativo, puesto que se busca que el fabricante coloque los nuevos modelos que ofrece, y beneficia al arrendatario porque recibe la tecnología más reciente.

Entre otras disposiciones legales del Código de Comercio que se ajustan a la idea económica detrás de este contrato, el artículo 432 prescribe que el arrendador, salvo pacto en contrario, no deberá responder por la evicción ni por los

vicios ocultos del bien[55]. Consideramos que ello tiene que ver con que en el leasing financiero, el arrendador adquiere el dominio del bien que el arrendatario le ha encargado de forma específica, pudiendo este, incluso determinar el fabricante o dueño originario de la cosa, por lo que el arrendador no sería responsable de estos vicios. Sin embargo, la responsabilidad del arrendatario con respecto del bien es hasta la culpa leve, lo que se justifica en que el arrendador se enfrenta al riesgo de que el bien se destruya o pierda su utilidad antes del término de su vida útil, lo que representaría una pérdida. Además, la idea de un leasing es que sea limitado en el tiempo, por lo que de sufrir daños no se podrá vender o arrendar el bien al precio esperado. Esta disposición también asegura que el uso del bien por parte del arrendatario lo haga responsable sin importar que no tenga el dominio.

La obligación de registrar el contrato de arrendamiento mercantil permite que, en caso de que en ciertas circunstancias como el incumplimiento del contrato, insolvencia, muerte o prohibición de enajenar del arrendatario; el arrendador pueda recuperar el bien inmediatamente, ya que los acreedores o los herederos del arrendatario podrían pretender tomar posesión de esos bienes como si fueran parte del patrimonio del arrendador (Arts. 433 y 435)[56]. El contrato de leasing se toma como *intuitu personæ*, esta afirmación se sostiene en que sólo se pueden transferir los derechos del arrendatario con autorización del arrendador, así mismo los herederos no suceden al causante en el arrendamiento mercantil de forma automática (Art. 434)[57]. Así también, se presenta como una ventaja para el arrendador que los préstamos otorgados a este, destinados a actividades de leasing no se limitan por su capital social, esto es así dado que el pago del crédito será realizado con una parte del canon de arrendamiento del bien. Además, una empresa dedicada al leasing no requiere de un capital social elevado para el correcto funcionamiento del negocio, por la misma naturaleza de este (Art. 347)[58].

El Código de Comercio contempla la obligatoriedad de contratar un seguro contra todo riesgo para los bienes arrendados, de esta manera se protege su integridad (Art. 438)[59]. El gasto del seguro puede incluirse en el canon de arrendamiento, ya que quien responde hasta por la culpa leve es el arrendatario, por lo que sería el principal beneficiario del seguro. Las mencionadas son las principales disposiciones de este cuerpo legal respecto del leasing y su función como contrato, de las mismas se colige que la norma ecuatoriana recoge ciertos elementos económicos que le son esenciales. Sin embargo, no clasifica al leasing ni contiene reglas específicas respecto de las diversas situaciones en las que se puede utilizar este contrato, dejándolo a la libre contratación de las

55 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 432.
56 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 433 y 435.
57 *Eiusdem.* Artículo 434.
58 *Eiusdem.* Artículo 437.
59 *Eiusdem.* Artículo 438.

partes. Resulta importante recalcar que este Código no es la única norma aplicable al arrendamiento mercantil, ya que existen otras leyes tanto en el ámbito tributario como en el registro contable del leasing.

Respecto de las obligaciones tributarias a pagarse en los contratos de arrendamiento mercantil, el Código de Comercio introduce una única regla al respecto, misma que prescribe que, en los casos en los que el arrendador ejerza la opción de compra, el valor residual será considerado la base imponible para efectos del cálculo de los impuestos fiscales o municipales que graven la transferencia de dominio (Art. 429)[60]. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano comprende otras disposiciones tributarias al respecto, es el caso de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante LRTI) que considera como gastos deducibles para el pago al Impuesto a la Renta aquellos derivados de contratos de arrendamiento mercantil. Sin embargo, esta deducción no será aplicable en los casos en que el bien haya sido propiedad del mismo sujeto pasivo, partes relacionadas, cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; tal disposición busca evitar que se registre como un contrato de leasing cuando en realidad es una compraventa y no le correspondería este beneficio tributario (Art. 10)[61].

Así mismo, no se considera al canon de arrendamiento como un gasto deducible cuando el plazo del contrato es inferior al de la vida útil del bien, a menos que "[…] el precio de opción de compra sea mayor o igual al saldo del precio equivalente al de la vida útil restante […]"[62]. Esto se justifica en el intento de evitar que se simule un leasing para deducir gastos que realmente corresponden a otro negocio como una compraventa. Se exige también que las cuotas sean iguales entre sí, ya que se considera que el canon comprende la inversión y la utilidad. Sin embargo, pensamos que en este último caso no se toma en cuenta que las cuotas de arrendamiento necesariamente serán distintas al momento de finalización del plazo forzoso si el arrendatario decide extender el tiempo del contrato. Este presupuesto es inherente a la lógica del leasing y en el Ecuador se dispone en la ley, por lo que esta disposición de la LRTI desalienta que el arrendatario escoja la opción de prórroga del contrato al ser poco conveniente en el ámbito tributario. Respecto del leasing internacional se contemplan ciertas reglas específicas, aunque se mantiene la regla general de que el canon de arrendamiento es un gasto deducible.

El artículo 13 de la LRTI contempla este escenario al tratarse de pagos realizados al exterior, el numeral 9 especifica que serán deducibles siempre que el bien se haya adquirido a precio de mercado, esto entendiéndose como una obligación del arrendador *sine qua non* para que el arrendatario obtenga el

60 Código de Comercio… *Eiusdem.* Artículo 429.
61 Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 10. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.
62 *Ibíd*.

beneficio de la deducción[63]. Además el financiamiento que se otorgue no debe contener una tasa superior a la tasa LIBOR vigente al momento del contrato o la novación. La tasa interbancaria de oferta de Londres es una de las tasas de interés más utilizadas en el mundo, se obtiene cuando 18 grandes bancos bajo el Auspicio de Banqueros Británicos comunican la tasa a la que creen que pueden realizar préstamos entre sí, con el valor que consideran razonable. La agencia Thomson Reuters reúne las tasas declaradas, elimina las cuatro tasas más altas y bajas para promediar el resto, y esta tasa promedio se anuncia para 15 vencimientos. Este método de cálculo que ha sido ampliamente utilizado durante años considera las divisas mundiales más importantes y para 2012 se reportó que contratos financieros por US $300 billones están ligados a esta tasa[64].

Sin embargo, la tasa LIBOR ha sido duramente criticada considerando que el método se considera defectuoso y propende a generar resultados distorsionados en momentos de tensión en el mercado. Una de las mayores crisis a las que se enfrentó este método fue cuando el banco británico *Barclays* aceptó pagar una multa de US $450 millones a los organismos de control del Reino Unido y los Estados Unidos por manipular la tasa. En consecuencia, la Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido dispuso que se deje de utilizar este método a partir de diciembre de 2021 como indicador de referencia. Se han propuesto métodos sustitutivos como la tasa *Secured Overnight Financing Rate*, aunque la transición se encuentra lejos de haberse completado[65]. El cambio de tasa de referencia tendrá efectos importantes a nivel mundial, siendo uno de ellos la necesidad del Ecuador de encontrar un nuevo método y adoptarlo, entre otros, en el arrendamiento mercantil[66]. En el caso de reexportar el bien se considera que debe pagar el impuesto a la renta calculado sobre el valor depreciado del bien.

Las demás excepciones para que el canon de arrendamiento en el leasing internacional se considere como un gasto deducible, son prácticamente iguales a las aplicables al arrendamiento mercantil nacional, añadiendo los pagos realizados a personas naturales o jurídicas residentes en paraísos fiscales. El Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante RLRTI) en el artículo 28 prescribe lo que se entiende por vida útil del bien y dispone que en el caso del arrendamiento mercantil de terrenos, únicamente serán deducibles las cuotas del arrendamiento cuando el plazo forzoso de este no sea menor a 20 años[67]. Además, el artículo 29 contiene la

63 Ley de Régimen Tributario Interno... *Eiusdem.* Artículo 13.

64 Kiff, John. *What Is LIBOR?,* 2012. https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2012/12/pdf/basics.pdf (acceso: 28/02/2020).

65 BBC Mundo. ¿Por qué cada vez más latinoamericanos prefieren arrendar a comprar vivienda?, 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/03/150313_economia_comprar_alquilar_vivienda_lf (acceso: 26/02/2020).

66 Resulta relevante notar que al no emitirse la tasa LIBOR, en la práctica el pago del canon de arrendamiento dentro de los contratos de leasing internacional no podría ser considerado un gasto deducible, puesto que se carecería del parámetro legal de uno de los elementos legales exigidos en relación con la tasa de interés del financiamiento obtenido.

67 Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 28. Registro Oficial No. 209 de 08 de junio de 2010.

prohibición expresa a las empresas de leasing de deducir la depreciación de los bienes dados en leasing cuando exista opción de compra[68]. Sin embargo, por disposición del artículo 427 del Código de Comercio la opción de compra es un derecho alternativo del arrendatario en todos los contratos de leasing. Finalmente, en relación con el pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), el RLRTI contiene ciertas disposiciones especiales relacionadas al leasing, incluidas en el Capítulo IV[69].

En este caso, el IVA se cobra por el servicio, puesto que no se transfiere el dominio del bien a través del arrendamiento mercantil. El artículo 164 dispone que en los casos en los que exista la opción de compra, el impuesto se calcula sobre la base de cada canon de arrendamiento y que en caso de que esta se efectivice antes del período estipulado, se calcula sobre el valor residual[70]. Lo mismo ocurre con el leasing internacional, donde además, se dispone que el arrendatario se convierte en agente de retención previo el pago de cada cuota al exterior. Para que los beneficios tributarios contenidos en la norma sean aplicables se requiere que los contratos de arrendamiento mercantil se registren con la técnica contable pertinente (Art. 10)[71]. En el caso del Ecuador existe la obligatoriedad de aplicar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFS), impuestas por la resolución número 08.GDSC.010 de la Superintendencia de Compañías emitida en 2008, con el objetivo de internacionalizar y unificar la forma de presentar la información financiera en Ecuador, incluyendo a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).

En el caso del arrendamiento mercantil la NIC aplicable es la número 17, que establece normas relacionadas a varios tipos de arrendamiento, incluyendo el leasing; además de definiciones generales, explicaciones breves acerca de su funcionamiento, y reconocimiento basado en la esencia económica del contrato. Además, establece la obligatoriedad del registro inicial del contrato dentro del balance del arrendatario puesto que, de no encontrarse dentro del estado de situación financiera los recursos reales, las obligaciones pendientes del arrendatario no se verían reflejadas. Además, la depreciación de los bienes arrendados se hará bajo los mismos parámetros que sigan los activos adquiridos por el arrendatario en casos en que los riesgos y los beneficios del bien se transfieran a este y la depreciación se distribuirá entre cada período de uso esperado, considerando el plazo del contrato. Anteriormente resultaba una fuente de preocupación la falta de obligatoriedad de un registro contable que reconozca la realidad jurídica del leasing, evidenciando que el uso y el goce corresponden al arrendatario mientras que el arrendador conserva el dominio[72].

68 *Eiusdem.* Artículo 29.
69 Código de Comercio … *Eiusdem.* Artículo 427.
70 *Eiusdem.* Artículo 164.
71 *Eiusdem.* Artículo 13.
72 Ortúzar Solar, Antonio. El contrato de leasing. *Óp. cit.,* p. 42.

8. El leasing en la actualidad: Ecuador y el mundo

El leasing es un contrato que contiene beneficios económicos importantes tanto para el arrendador como para el arrendatario. Para el arrendador la posibilidad de determinar el margen de beneficio que conseguirá por la prestación de su servicio, tomando en cuenta que en el canon de arrendamiento puede incluir el precio total del bien, la financiación, los gastos administrativos y tributarios, además del beneficio planificado; donde el pago se garantiza con el propio bien arrendado. De igual manera, el beneficio simbólico que obtendrá en caso de vender el bien al arrendatario o un valor más elevado de venderlo a un tercero. Para el arrendador se contempla la posibilidad de obtener el uso y goce de la cosa arrendada, cumpliendo esta con todas las características específicas que desee, e incluso pudiendo contemplar servicios de seguro, mantenimiento y asesoría. El arrendatario asume el costo total del bien en un inicio, por lo que no se debe enfrentar una pérdida de liquidez o someterse a la obtención de financiación tradicional, e incluso cuenta con la posibilidad de adquirir el dominio del bien al terminar el plazo forzoso del contrato o extender la modalidad del leasing si le resulta conveniente a las partes.

El leasing va más allá de ser un contrato: se constituye como una opción potencialmente provechosa para ambas partes, ya que presenta beneficios jurídicos, económicos e incluso tributarios. En consecuencia ha tenido una extensa aplicación a nivel mundial; en los Estados Unidos de América, el leasing representa una contribución importante a la economía del país. Según un reporte de 2004 de la *Equipment Leasing and Finance Association* (ELFA), de 1997 a 2002 la industria del leasing aportó de $100 a $300 billones de dólares al PIB del país. Este país presenta reglas y prácticas respecto del leasing más elaboradas que cualquier otro, lo que resulta lógico dado que es el lugar de origen moderno de este contrato[73]. Sin embargo, no es el único interesado en que la ley y las condiciones sean favorables para su desarrollo, así por ejemplo, se presenta el caso de Croacia, que desde su independencia en 1991 ha trabajado activamente en el perfeccionamiento de un ordenamiento jurídico integrado al sistema europeo y mercantilmente orientado[74].

En Croacia la Ley de Obligaciones se constituye como la fuente general del Derecho contractual, que también regula el leasing. Ese país ha trabajado activamente en que las regulaciones internas fomenten el uso de esta herramienta. Casos similares se aprecian en otras naciones como Italia, donde a pesar de que sus empresarios han mostrado interés en que la ley nacional proteja de mejor manera al leasing, se cuestiona que simplemente se remita a las leyes

73 Schroth, Peter W. *Financial Leasing of Equipment in the Law of the United States,* 2011. https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/16/1-2/437/1727465?redirectedFrom=fulltext (acceso: 28/02/2020).

74 Josipović, Tatjana y Wang, Wensheng. “Financial Leasing in Croatia”. *Uniform Law Review*, Vol. 16, No. Issues 1/2 (2011), p. 271.

unificadoras propuestas por UNIDROIT[75]. Turquía promulgó una ley exclusivamente para el leasing financiero, misma que resultó en un impulso para este contrato en el país[76] e incluso China, que desde la década de 1980 inició su camino a la modernización que hizo notoria la necesidad de introducir maquinaria moderna para ayudar a desarrollar su economía, lo que llevó a que el leasing financiero se convirtiera en una industria de rápido crecimiento y en una forma importante de utilizar capital extranjero. Durante tres décadas se dio forma a un sistema legal para las operaciones de leasing financiero, mismo que de acuerdo con las estadísticas proporcionadas por la Asociación de Leasing Financiero de China, para fines 2009 los activos de 12 empresas de leasing correspondían a 150.73 billones de *renminbi*[77].

De esta manera se comprueba la relevancia global de este contrato, la que provoca cuestionar los motivos por los que en el Ecuador no se ha podido apreciar un mayor uso del leasing en ninguna de sus formas, siendo que tiene el potencial de modernizar la industria nacional, fomentar el emprendimiento y generar una gran cantidad de ingresos como ha ocurrido en otras naciones. De la investigación realizada en el presente trabajo concluimos que esto se debe a la concurrencia de varios factores importantes; algunos de índole económica y otros de índole cultural. En primer lugar el leasing, principalmente el financiero, funciona sobre la base de que el arrendador adquiere el bien que el arrendatario específicamente requiere. Sin embargo, dado el caso de que al finalizar el plazo forzoso del contrato, el arrendatario no tenga interés en prolongar el leasing ni de comprar el bien al arrendador, la empresa de leasing deberá recuperar el bien de su propiedad e intentar venderlo o arrendarlo a un tercero, y siendo este específicamente adaptado a las necesidades de otra empresa, en una economía no muy desarrollada resulta difícil encontrar otro interesado en un bien con ese nivel de especificidad.

Además, consideramos que las leyes, tanto mercantiles como tributarias, no fomentan activamente el desarrollo del leasing y no ofrecen ventajas importantes que tengan un impacto real en la competitividad de este por sobre otras formas de financiamiento. Finalmente, pensamos que los ecuatorianos tienen cierta preferencia de adquirir el dominio por sobre el arrendamiento, esto se debe a una tendencia cultural de anhelar lo que se percibe como seguridad por ser dueño. Aunque si bien es cierto dicha tendencia a preferir ser propietario que arrendar un bien ha ido disminuyendo en los últimos años en Latinoamérica, esto ocurre principalmente en el ámbito de la vivienda[78]. De hecho, la tasa de propiedad de vivienda en América Latina y el Caribe es

75 Frignani, Aldo y Torsello, Marco. Financial Leasing in Italy. *Uniform Law Review, Vol 16* No. Issues 1/2 (2011), p. 370.
76 Tekinalp, Unal. Turkey's New Financial Leasing Law and Industry. *Fordham Law Review,* Vol. 60, No. 6 (1992), p. 118.
77 Han, Shiyuan y Wang, Wensheng. An Overview of the Development of the Financial Leasing Law in China. *Uniform Law Review,* Vol. 16, No. Issues 1/2 (2011), p. 245.
78 BBC Mundo. *¿Por qué cada vez más latinoamericanos prefieren arrendar a comprar vivienda?*, 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/03/150313_economia_comprar_alquilar_vivienda_lf (acceso: 26/02/2020).

aproximadamente del 64%, siendo un porcentaje elevado que se acerca al de otras regiones con mayor grado de desarrollo, como Europa con 71% u Oceanía con el 63%. El mundo entero es de propietarios, y el nivel de tenencia de propiedad no muestra una relación con el nivel de desarrollo de un país, sino que depende de otro tipo de variables[79].

En relación con la propiedad de vivienda, los dos únicos factores que parecen tener impacto son el nivel de urbanización y la tradición jurídica. En relación con este último factor, los modelos muestran de manera consistente que los países de tradición alemana tienden a tener una tasa menor de propiedad con el 52% que los de tradición inglesa con el 65%. A pesar de ello en estos regímenes jurídicos la tasa tiende a ser mucho menor que en la de los países del ex bloque comunista con el 86% y de los países de tradición legal francesa con un promedio del 69%. La variabilidad de estas tasas depende de factores políticos y culturales que no resultan fáciles de medir[80]. Sin embargo, durante mucho tiempo se ha considerado que adquirir el dominio de los bienes brinda seguridad a su dueño, que el siguiente paso en el camino al éxito es pasar de ser arrendador a propietario.

Las personas tienden a tomar la decisión de comprar guiadas por factores psicológicos y emocionales más que económicos[81], lo que resulta particularmente cierto en Ecuador, donde, incluso, existe el dicho popular de que "arrendar es el peor negocio". Esta creencia tiene relevancia respecto del leasing ya que en el Ecuador el 86% de empresas se consideran como familiares, por lo que resulta comprensible que las decisiones no se analicen de acuerdo con su real impacto económico, sino que más bien se guíen por ideas preconcebidas acerca de la correcta administración de un negocio[82].

Este es, sin duda, un elemento importante que considerar como una causa del poco desarrollo del arrendamiento en el país. El leasing ha demostrado ser una herramienta jurídica y económica ventajosa tanto para las empresas que lo emplean como para los países que fomentan su uso a través de diversas facilidades; es también una opción ecológicamente más sustentable para el planeta bajo ciertas condiciones y se mantiene como una forma de financiamiento alternativa. Por lo tanto, el Ecuador podría verse altamente beneficiado en su economía, así como en su industria, con el uso continuo de este tipo de contratos, por lo que brindarles facilidades a las personas naturales y jurídicas debería ser una prioridad para el Estado. La reducción de imposiciones tributarias o la agilización del registro de los mismos son tan solo unos pocos

79 Blanco, Andrés; Fretes Cibils, Vicente y Muñoz, Andrés. *Busco casa en arriendo.* Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, pp. 21-23.

80 *Ibíd.*

81 Dickerson, A. Mechele. *The Myth of Home Ownership and Why Home Ownership Is Not Always a Good Thing,* 2009. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana84&div=7&id=&page= (acceso: 28/02/2020).

82 Camino-Mogro, Segundo y Bermúdez-Barrezueta, Natalia. *Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica.* Guayaquil: X- Pedientes Económicos, 2018, p. 46.

ejemplos de políticas públicas que pueden implementarse, cuyo beneficio sería percibido por todos.

9. Conclusiones

El presente trabajo plantea un contrato conocido y busca abordarlo a través de varios ángulos, tomando en cuenta su origen, evolución, aplicación jurídica y económica, legislación en Ecuador y los beneficios que representa su aplicación. El espíritu detrás de este trabajo es actualizar la percepción que se tiene acerca del leasing, reconociendo que esta no es una figura jurídica nueva, motivo por el que consideramos se ha dejado de lado su estudio. Con base en las fuentes consultadas hemos llegado a concluir que, actualmente se discute prácticamente lo mismo acerca del leasing que cincuenta años atrás. Consideraciones meramente jurídicas, y poco prácticas, como su naturaleza jurídica, la descripción de las partes contratantes o su clasificación son temas que se repiten, sin tomar en consideración que el desarrollo tecnológico y de la industria, así como ciertos cambios legales impactan y alteran la aplicación del leasing.

Creemos también que, trabajos como el aquí expuesto son pertinentes porque podrían cambiar la percepción general de las personas hacia el leasing, especialmente en Ecuador, donde al denominarlo arrendamiento mercantil parece confundirse con otras clases de arrendamiento y no mostrar el potencial que tiene como instrumento de cambio. La falta de aplicación del leasing en este país ha retrasado, de cierto modo, su desarrollo industrial, pero es necesario tomar en consideración que esta situación viene dada por varios factores, entre los que se encuentran las limitaciones legales, la situación de la industria y elementos culturales. Este artículo pretende renovar la visión general que se tiene del leasing y fomentar la curiosidad acerca de todas las posibilidades jurídicas y económicas que ofrece.